

4 Artigo

CONCILIAÇÃO JUDICIAL E DEVIDO PROCESSO LEGAL

ELAINE NORONHA NASSIF

Procuradora do Trabalho na Terceira Região

RESUMO: Este artigo busca refletir sobre dois aspectos da conciliação judicial: o primeiro relaciona a natureza do objeto a ser submetido à conciliação à condição de igualdade das partes na negociação; o segundo aspecto refere-se à violação ao *due process of law* pela atribuição dos efeitos próprios da coisa julgada ao despacho homologador da conciliação judicial. O trabalho conclui, quanto ao primeiro aspecto, que o *jus postulandi* é inadmissível na conciliação judicial de direitos totalmente ou relativamente indisponíveis. E conclui, quanto ao segundo aspecto, que somente o processo – procedimento em contraditório – que antecede uma decisão é que lhe dá legitimidade para angariar os atributos da irrecorribilidade e da imutabilidade, próprios da coisa julgada.

PALAVRAS-CHAVE: Devido processo legal; *jus postulandi*; conciliação.

ABSTRACT: The present article deals with two aspects of legal conciliation: the first relates the nature of the object to be subjected to conciliation to a condition of equality of the parties in the negotiation; the second aspect is regarding the violation of the due process of law by the effects of the *res judicata* on the homologation order of the legal conciliation. Concerning the first aspect, *jus postulandi* is inadmissible in legal conciliation when rights are totally or relatively unavailable. Concerning the second aspect, one concludes that only the procedure that precedes a decision in the adversary system fully legitimates it in order to gather the characteristics of the *res judicata*, impossibility of appealing and imutability.

KEY WORDS: Due process of law; *jus postulandi*; conciliation.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Objeto da conciliação x igualdade das partes. 3. Inderrogabilidade de normas x indisponibilidade de direitos. 4. Sentença x despacho homologatório. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O Direito material só pode durar no tempo numa sociedade minimamente estável, previsível, onde a lei aponte para o futuro e não para o passado; não numa sociedade onde a maioria dos fatos não está prevista em lei, obrigando o Judiciário a decidir questões para as quais não está amparado senão por uma instável base hermenêutica, com grande dose de criação do direito. Daí que se, antes da revolução tecnológica pela qual estamos passando, fazer justiça era dar razão a quem seguia a lei e punir quem infringia a lei, agora tudo se relativizou. O Judiciário não pode mais dizer quem tem ou não tem razão se a lei não descreve o universo ao seu redor. As partes também entraram numa ciranda criadora de valores, juízos, fontes privadas. A fonte do Direito positivo, a rainha das fontes, não reina mais. Está sufocada por toda espécie de fontes bilaterais, multilaterais, negociais e transnacionais, e pela *lex mercatoria*. A globalização desterritorializou o Direito.

Quando o próprio Judiciário não sabe dizer quem está certo e quem está errado, fica inviável a realização da justiça, aquela do Direito positivo. Talvez por isso se diga que o processo, atualmente, além de não fazer a esperada justiça – que, diante de tanta insegurança, nem é tão esperada assim – ainda desagrade a todas as partes e não resolva o conflito social instalado. Nesse contexto a conciliação judicial tem sido invocada, incentivada, instaurada e aplicada, para que as partes (e não o Judiciário) digam o direito e se contentem com expectativas negociadas, ante de um Direito material incerto e não sabido, que reflete mais situações passadas que futuras, sem solução.

O problema que aqui se coloca, portanto, não é simples como ser a favor ou contra a conciliação judicial. Ela se instala como mal necessário para vencer o momento de turbulência do contexto tecnológica e socialmente revolucionário que a sociedade mundial está passando, com todos os seus sortilégios. Mas não pode também ser aceita assim, de qualquer maneira, para qualquer tipo de direito, para qualquer tipo de situação, e produzindo efeitos que não são seus, mas que são próprios e exclusivos do devido processo legal, com o qual ela não pode ser confundida, sob pena de violação deste que é um direito fundamental, que atravessa os séculos, garantindo a democracia e sendo abolido tão-somente em épocas de tirania.

Consabidamente, a cláusula *due process of law*, anterior até mesmo à formação dos Estados Nacionais, é direito fundamental nascido no art. 39 da Magna Carta de 1215, assinada pelo Rei João Sem Terra, com o seguinte teor:

[...] nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, sua liberdade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado, ou de qualquer forma destruído, nem o castigaremos, nem mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal, feito por seus pares, ou pela lei do país.

Esse direito veio atravessando os séculos e *mutatis mutandis* consta do art. 5º da

nossa Constituição, além de se irradiar por diversos aspectos da legislação. Suas manifestações mais evidentes estão nas garantias mais genéricas de: 1) garantia do direito de ação; 2) igualdade das partes; 3) respeito à ampla defesa e ao contraditório.

Ante alterações sociais que os séculos produzem nas relações jurídicas, é imprescindível estar atento às novas normas, praxes, observando se o velho, bom e justo processo está realmente sendo respeitado. Uma das mudanças mais interessantes no decorrer desses séculos foi observada pelo Professor Elio Fazzalari (2006). Conforme ensina o professor, com o advento de instituições democráticas, o processo se estendeu também para fora do campo da jurisdição, e hoje existe como uma espécie de categoria geral de que se valem os mais diversos grupos que gravitam em torno da comunidade estatal (partidos, sindicatos, associações esportivas, ordens profissionais), para resolução democrática de suas controvérsias.

Tais esquemas processuais se verificam também na arbitragem, nas cortes internacionais, no âmbito da administração pública, enfim, por toda parte dissemina-se o modelo processual de procedimento realizado em contraditório com igual paridade de armas, e com participação dos interessados na formação do provimento final, que, por sua vez, determina quem é legitimado, interessado ou parte.

Se por um lado o modelo processual, enquanto modelo de resolução democrática de litígios da sociedade contemporânea, expandiu-se para fora dos muros da jurisdição, por outro lado, a instrumentalidade dotou o Judiciário de técnicas tendentes à celeridade, mas que na prática, não alcançando a rapidez desejada, adotou as formas alternativas de resolução de controvérsias, entre as quais, a conciliação. A complexidade das questões envolvendo o Direito material fez também com que os órgãos e entidades privadas especializadas ganhassem “vantagens competitivas” relativamente ao aparato jurídico estatal ortodoxo.

Posto isso, e reconhecida a inevitabilidade da proliferação das formas alternativas e entidades de justiça privada, importa preservar o devido processo legal de confusões com outros meios de resolução de controvérsias. Neste estudo busca-se separar o que se misturou, desavisadamente.

2. Objeto da conciliação X igualdade

Parece não haver dúvidas de que a conciliação deve ocorrer sem vícios quanto à manifestação de vontade. Para que a vontade seja livremente expressa, ela precisa ser analisada. Um aspecto de crucial importância para a garantia da igualdade das *partes*, e também para a *legitimidade* das partes na negociação, aspecto preliminar, é o da natureza do objeto a ser submetido à conciliação: se disponível, indisponível ou relativamente indisponível. Como sabemos, na primeira categoria, a dos direitos disponíveis, estão os direitos civis em geral, os contratos privados, cuja regulação decorre de norma que pode ser derogada pelos contraentes, e portanto, transacionados os direitos dela decorrentes.

Na segunda categoria, diametralmente oposta à primeira, ou seja, a dos direitos indisponíveis, estão aqueles que, por sua natureza, impedem qualquer tipo de acordo, como os direitos sobre o estado e a capacidade das pessoas. Os direitos indisponíveis são caracterizados pela indisponibilidade jurídica (não são passíveis de cessão); pela indisponibilidade do titular (são irrenunciáveis e não transacionáveis); não podem ser objeto de arbitragem; e por fim, são imprescritíveis.

É na terceira categoria que a confusão costuma se instalar. Na terceira categoria, segundo Tamajo (1976), a dos direitos relativamente indisponíveis, estão os direitos para os quais são exigidas certas condições para validação da transação. São típicos dessa categoria os direitos trabalhistas. Desenvolveram-se doutrinas as mais diversas no Direito do Trabalho que, como num passo de mágica, levaram os operadores desse ramo do Direito a acreditar, *cientificamente*, inclusive, que durante o contrato de trabalho o direito é indisponível e depois que cessa a prestação, quando chegado o momento do acerto rescisório, tudo se tornaria disponível, podendo ser convertido em perdas e danos.

A desigualdade das partes na conciliação ocorre sempre que uma delas está negociando direito total ou relativamente indisponível e a outra parte está negociando direito disponível. Isso ficará mais bem entendido na distinção entre inderrogabilidade e indisponibilidade, apreciada a seguir.

3. Inderrogabilidade de normas X Indisponibilidade de direitos

Há, com todo respeito, uma grande falta de discernimento entre inderrogabilidade de normas e indisponibilidade de direitos. É com perplexidade que ouvimos, desde os primeiros anos dos bancos das faculdades de Direito, discursos no sentido de que o Direito do Trabalho é indisponível e convivemos diariamente com atos de disposição, como são as conciliações judiciais e extrajudiciais.

Os direitos trabalhistas evidentemente não são equiparáveis aos direitos civis, caso em que seria desnecessário todo o aparato estatal, legislativo, sindical e judiciário criado em torno dos trabalhadores. Não se sabe como a comunidade científica chegou até aqui sem uma resposta clara nesse sentido, nem como as faculdades de Direito formaram gerações e gerações de operadores do Direito do Trabalho assentados nessa aporia.

A inderrogabilidade de normas verifica-se no momento da celebração, realização ou execução do contrato de trabalho. A indisponibilidade de direitos provém da inderrogabilidade das normas das quais esses direitos decorrem. Quando a Constituição diz que os trabalhadores têm direito a isso e àquilo, salvo acordo e convenção coletiva, não está tratando de regra de indisponibilidade de direitos – mesmo porque esses direitos só podem ser disponíveis depois que deles o trabalhador já dispõe – mas sim de inderrogabilidade de normas. Quando ela permite que este ou aquele direito sejam negociados, é exigida a participação do órgão representativo de classe. O conjunto. O coletivo. Não é o direito que é inderrogável, é a norma. O

direito decorre da norma após a incidência do *fato gerador*, que, uma vez previsto na norma, possibilita a subsunção.

O direito se efetiva no plano real após o fato gerador, qual seja, no Direito do Trabalho, após a prestação dos serviços. É aí que entra a indisponibilidade, que impede atos de disposição, conforme evidencia a etimologia do termo, sua etimologia. A inderrogabilidade e a indisponibilidade são as duas faces da mesma moeda. Assim como não existe moeda de uma só face, a inderrogabilidade não existe sem a indisponibilidade e vice-versa.

As construções doutrinárias desenvolvidas para justificar o contrário – evidente paradoxo – são as mais variadas. A mais adotada talvez seja a que defende que existe só a inderrogabilidade, e que, depois que o direito se torna fato, ele se transforma (a teoria não explica como isso acontece) em direito patrimonial, e, portanto, ele fica disponível, transacionável, para o trabalhador caso esse trabalhador esteja em frente a um juiz do trabalho.

Há os que dividem os direitos que seriam disponíveis e direitos que não seriam disponíveis. Se fosse assim, seria uma boa solução criar uma tabela. Mas como fazer essa tabela se a lei não distinguiu? Há também os que se contentam com a teoria da *res dubia*. Se pairar uma dúvida sobre a procedência do direito pleiteado, ele pode ser objeto de disposição. Ora, até que venha a decisão, todo direito pleiteado não é mais do que uma pretensão sobre o qual pairam dúvidas realmente. Não poderia ser de outra maneira. Além do mais, se a conciliação pode ser feita a qualquer momento, mesmo depois da sentença, qual *res dubia*? Alega-se ainda que haveria direitos não protegidos pela inderrogabilidade. Não é verdadeira a afirmação, pois as convenções e os acordos coletivos são feitos pelas entidades coletivas e não pelo trabalhador individual. Alega-se por fim que há casos em que a legislação autoriza. A autorização não pode ser elasticizada, ela só pode ser feita pela entidade de classe, o que, como visto, nada tem que ver com atos de disposição pelo trabalhador, individualmente considerado.

Por evidente, os direitos não se transmudam. Eles são o que são. Qualquer tese em contrário deve ser rechaçada, porque guiada pela conveniência e não pela cientificidade, motivo pelo qual não resistem a testes de falseabilidade. O motivo de os direitos trabalhistas serem relativamente indisponíveis é que eles são, por sua natureza, coletivos. Eles são transindividuais por sua natureza, pois dizem respeito ao preço da força de trabalho, ao respeito a categorias inteiras de trabalhadores, de modo que se um trabalhador, depois outro, depois outro, for cedendo, ao final, o preço da mão-de-obra será bem mais baixo do que o estipulado e as garantias conquistadas não passarão de palavras no papel. A saúde, o conforto, o lazer, tudo o que se traduz por *vida, existência*, é convertido em moeda, e, cada vez mais, em menos moeda, minada pelos preços de mercado das conciliações.

O fundamento da indisponibilidade é a inderrogabilidade e o desta é a transcendência do direito trabalhista individual relativo a toda a coletividade de trabalhadores. Só a

união faz a força dos fracos. Motivo pelo qual essa transcendência não pode ser feita de qualquer maneira. Ela pode ser feita, desde que o representante legítimo dessa coletividade esteja assistindo ao ato de disposição do direito coletivo que na conciliação se manifesta, e com ele concordando. Estamos falando dos sindicatos.

Contra os sindicatos existe uma indústria cultural, institucional, social e judicial. Os sindicatos, que deveriam ser os guardiões desses direitos relativamente indisponíveis sofrem ofensiva há anos e, com o avanço da globalização, perderam ainda mais força, dando azo a aproveitadores. Uma sociedade inconsciente é uma sociedade contra si mesma, ou, como disse Bauman (2003), *onde termina a solidariedade começa a convivência com a opressão*. Após a abertura comercial verificada nos anos 90, a *solidariedade* deu lugar à judicialização da política e militância sindicais, que desde então vêm sucumbindo lentamente.

Sem uma assistência qualificada, não pode haver conciliação de direitos total ou relativamente indisponíveis. Isso ficará mais evidente ainda no próximo item.

4. Sentença x despacho homologação

Como não existe uma regulamentação dos procedimentos necessários para se chegar a uma homologação judicial trabalhista, observa-se um leque assaz diversificado de procedimentos conciliatórios por parte dos juizes. Alguns homologam a decisão após ouvir as partes e examinar os documentos, outros simplesmente a homologam, outros não a homologam sob os mais diversos argumentos. O mais comum deles é o da existência da lide simulada: alguns encaminham o caso ao Ministério Público para parecer, nos casos em que por algum motivo desconfiem que a Justiça estaria sendo usada para obtenção de finalidade não prevista em lei. Por fim, há os que variam de procedimento segundo o caso, adotando em cada um deles um tipo. É normal que seja assim em procedimentos totalmente sem rito, como, por exemplo, os inquéritos e outros procedimentos administrativos.

Entretanto, diferentemente dos outros procedimentos sem rito, a conciliação trabalhista produz efeitos próprios do processo, ou seja, efeitos de procedimento realizado em contraditório. O ato homologatório foi equiparado à sentença sem que se distinguisse qualquer efeito de ordem processual. Tal equiparação foi transportada do processo civil para o trabalhista, sem que se atentasse para o fato de que naquele não existe o *jus postulandi* e lá o direito é disponível, enquanto neste existe o *jus postulandi* e o direito é relativamente indisponível.

O *jus postulandi* não pode ser utilizado para efeito de conciliação, tendo em vista que ele é destinado ao *processo* e não à *conciliação*, institutos cujas naturezas e conceitos não se confundem. No mesmo sentido, conforme bem observou ROMITA (2005), após a Emenda Constitucional 45/04, a competência da Justiça do Trabalho deixou de ser a de *conciliar e julgar*, para ser a de *processar e julgar*.

Nesse sentido, o *processo* como atividade jurisdicional propriamente dita, como

jurisdição propriamente dita, não pode ser delegado, enquanto os procedimentos de conciliação, por não se constituírem em atividade jurisdicional propriamente dita, podem ser, como de fato são, delegados a outras instâncias, pessoas e órgãos, segundo o disposto em lei.

Com efeito, não são necessários juízes togados para a realização de conciliações. Em não sendo a conciliação judicial uma função jurisdicional, tal como configurada hoje na teoria do processo, é certo que ela possa ser mediada e obtida por pessoas que entendam do assunto tratado, sem que necessariamente tenham que ser juízes.

Com efeito, a conciliação, não tendo sido regulamentada, e constituindo-se em procedimento sem rito, totalmente informal e oral, não adentrou até agora no nosso ordenamento jurídico como uma das funções jurisdicionais, seja a de jurisdição propriamente dita, seja a de jurisdição voluntária. Isso porque, para que fosse considerada de jurisdição propriamente dita, seria necessário não um simples despacho homologador, mas uma homologação fundamentada com base num contraditório, ainda que mínimo, garantido durante o procedimento de conciliação; e para que fosse considerada de jurisdição voluntária, seria necessário estabelecer em lei os seus procedimentos e efeitos, tal como acontece com todos os outros procedimentos especiais de jurisdição voluntária.

Segundo dados da Corregedoria da Justiça do Trabalho da Terceira Região, no ano de 2003 houve conciliação em 47% das ações de rito ordinário e 57% das ações de rito sumaríssimo.¹ Assim é forçoso reconhecer que a Justiça do Trabalho exerce uma expressiva função homologadora, tanto quanto os Tribunais de Conciliação na Justiça civil, que, entretanto, tratam de direitos disponíveis, e seus mediadores podem ser de outras áreas que não a jurídica.

Em Minas Gerais são mais de 200 tribunais de conciliação instalados, sendo que 60 deles atuam na capital. Quando as duas partes comparecem nas audiências, o índice de conciliação é de cerca de 85%. Esses tribunais são formados por voluntários que dispõem de conhecimento jurídico, alguns até contam com presença de juízes aposentados. As pessoas envolvidas em algum desentendimento são convidadas a comparecer para negociar um acordo com a intermediação de um conciliador. Este não tem o poder de coagir as pessoas a comparecer, mas na maioria das vezes as pessoas que comparecem fazem acordos. Aquilo que foi acordado na audiência é transformado em um termo com o timbre do Tribunal de Justiça, assinado pelas partes interessadas, o mediador e duas testemunhas. Se houver descumprimento, o documento pode ser apresentado à Justiça.²

Da mesma forma, na Justiça do Trabalho a grande maioria dos acordos resultantes

¹ Cf. o *site* do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região.

² As informações deste parágrafo foram retiradas da fonte: “violência banalizada nas ruas” matéria publicada no *Jornal Estado de Minas* de 1º de setembro de 2005, Caderno Gerais, pag. 23.

de conciliações acontece antes da instauração de um procedimento em contraditório, ou seja, de um processo. A conciliação não é antecedida de um devido processo legal, como o é uma sentença válida, mas, paradoxalmente, produz os mesmos resultados desta.

Como se a borboleta saísse voando sem antes ter sido um casulo. Borboleta sem metamorfose é como a coisa julgada sem processo que lhe anteceda. Para operar essa metamorfose jurídica descurou-se o legislador da diferença entre os casos civis, que decorrem de norma derogável, e os casos trabalhistas, em que as normas são cogentes, inderrogáveis a critério das partes. A falta de processualistas do trabalho atuando na formulação legislativa processual específica contribui em muito para tais distorções na adoção de regras e princípios do Direito e do processo civil.

Na Itália são aplicadas cautelares de alimentos enquanto a lide não se decide, de modo a afastar a gravidade da dependência econômica como fator de coação. A assistência jurídico-sindical, entretanto, é sempre inafastável, pois, é ela que supre a hipossuficiência jurídica. Somente afastados esses dois fatores desequilibrantes da condição das partes na conciliação é que se poderia conferir validade às conciliações judiciais. As extrajudiciais estão sempre sujeitas ao controle judicial, e este é mais severo naquelas do que nas próprias, como não poderia ser de outro modo, tendo em vista que o controle judicial da conciliação extrajudicial observa a forma do processo e não a de um procedimento, totalmente informal, oral e sem rito. Além da cautelar de alimentos para o empregado, há também a possibilidade da instituição da tentativa de conciliação após o término de uma instrução sob os auspícios do devido processo legal, antes da sentença, portanto, mas já com o contraditório devidamente exercido, o juiz em pleno conhecimento da causa e também as partes, hipótese em que a proposta de conciliação do juiz iria no sentido da decisão que ele já teria em mente, e conforme as provas dos autos.

A necessidade de declarar a natureza jurídica da conciliação judicial trabalhista começa a tomar vulto após a edição da Lei 10.035, que fez com que os acordos fossem submetidos à segunda instância, o que praticamente não acontecia antes.

Antes disso, entretanto, já se observava um movimento de indignação com as lesões ao direito material do trabalhador perpetradas por meio dos acordos judiciais. De tanto as negociações serem feitas em determinadas categorias, há um verdadeiro esvaziamento do Direito material contido nas convenções e na lei. O trabalhador fica sem saber se ele tem ou não direito, porque, afinal, tudo é conciliado.

O direito não chega a decantar na Justiça do Trabalho, tal o número de conciliações, principalmente nas categorias mais dependentes, que não podem aguardar o curso de processos, que não têm como pagar advogado. Este aspecto merece também atenção especial, o que não será possível nesse trabalho. O advogado do trabalhador recebe em torno de 20% do acordo feito. Com um detalhe: quem paga esses 20% é o próprio trabalhador. Não existe a sucumbência nem mesmo quando há sentença. Esse fato é completamente inexplicável para uma política judiciária que

deveria combater o descumprimento da lei e não favorecê-lo.

A indústria de conciliações chamou atenção e veio a ganhar o nome de *lides simuladas*, conforme Pimenta, que abriu as portas para o combate aos abusos na utilização das conciliações.

Juízes e procuradores enfrentam dia a dia inúmeros constrangimentos gerados pelas conciliações, conforme relatam muitas matérias jornalísticas.³ As conciliações também são usadas para fraude contra terceiros. Nessas, sim, há uma verdadeira simulação, pois ambas as partes são interessadas em fingir a realização de um acordo.

Para discernimento das duas situações é preciso utilizar de forma adequada os termos que as traduzem: fraude e/ou simulação são termos que devem ser usados exclusivamente quando reclamante e reclamado, autor e réu, ambos se unem para fingir um negócio jurídico e obter homologação do juiz, tendo objetivos diversos daqueles para os quais está organizada a estrutura judicial trabalhista, que se constituem em ilícitos, como, por exemplo a regularização de um problema contábil, a lesão a crédito ou a retirada de garantias dadas a terceiros (fraude contra credores).

Tais termos não devem ser empregados diante da seguinte situação: quando o empregador nega-se ao pagamento espontâneo dos direitos que sabe serem devidos ao trabalhador, com o único objetivo de obter a segurança de que o empregado não se utilizará do direito de ação, posteriormente, ou de obter vantagens econômicas no pagamento das verbas rescisórias, seja pelo pagamento a menor, seja pelo parcelamento dos valores devidos. Quando o empregador se nega a pagar espontaneamente, não se pode dizer que daí decorrerá uma “lide simulada”, há a pretensão resistida, que no entender carneluttiano, é lide verdadeira e não lide simulada. Se o empregador prefere pagar na Justiça do Trabalho porque é mais vantajoso, negando-se a pagar espontaneamente, ele pode ser condenável moralmente, mas está longe de estar cometendo um crime, como o é a fraude contra credores, que se verifica na verdadeira simulação de uma lide, pois estará simplesmente exercendo o seu sagrado direito de ação.

A conciliação não pode surtir efeitos do processo. Mas alguns dogmas impedem

³ “Juiz do Trabalho: essas ações são apenas a ponta de um ‘iceberg’. As quase 300 investigações em andamento no Ministério Público do Trabalho do Rio de Janeiro são apenas a ponta do iceberg, afirma o juiz titular da 48ª Vara do Trabalho do Rio, Cláudio Olímpio Lemos de Carvalho. Ele diz ainda que há casos em que vê a fraude acontecer sob seus olhos. A grande questão é que não temos idéia do tamanho do problema. É como droga em aeroporto. Faz-se a apreensão, mas não se é capaz de pegar tudo. A simulação de litígio judicial tem uma face mais cruel, segundo o magistrado: o trabalhador, desempregado, aceita o acordo prejudicial para receber parte das verbas rescisórias e o seguro-desemprego, e poder retirar o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). – Já houve casos em que percebi a farsa. Não homologuei o acordo e o trabalhador saiu aos prantos. Fico me perguntando, o que faço, que país é esse? Mas o juiz tem que enfrentar essa fraude”. Globo, caderno economia, de 24/04/2005.

essas óbvias constatações. O primeiro deles é o de que a conciliação é *princípio* do processo. Essa afirmação é ciência ou “dogma”, se a conciliação é justamente uma forma de resolução do problema sem o processo, um meio de não ter processo nenhum? O princípio do processo é o contraditório, a ampla defesa, não a conciliação, que independe deles. Internamente, é irritual e, portanto, não é regida pelo contraditório, motivo que também a afasta completamente do modelo constitucional do processo.

Também se convencionou dizer que é *ato* do processo. Bem que é ato que ponha fim ao processo, isso é verdade, assim como qualquer negócio jurídico extrajudicial possa por fim a controvérsia. Mas isso na Justiça do Trabalho quase nunca acontece, pois o processo sequer chega a ser instaurado e a conciliação já se deu. Observa-se, ainda, que mesmo se a conciliação acontece já com o processo em curso, ela não é um ato da sequência de atos. Ela pode acontecer a qualquer momento, não é pressuposto nem consequência de nenhum outro ato que lhe anteceda ou suceda.

A confusão criada pela apologia à conciliação inclui o *jus postulandi* da parte, como dissemos antes. Ele deveria ser uma peculiaridade do processo do trabalho, mas é admitido na conciliação também, justamente porque se acredita que a conciliação é princípio, é processo, é ato do processo, ou que é o próprio processo, um substituto seu, e “por aí vai”.

E embora o processo tenha caráter publicista e os doutrinadores constantemente reafirmem em uníssono a natureza jurisdicional da conciliação judicial, contraditoriamente o que se observa é que as súmulas editadas pelos tribunais (cito aqui a Súmula 23 do TRT da 3ª Região, a Súmula 40 do TRT da 4ª Região e o verbete 9 da 1ª turma do TRT da 10ª Região) caminham em sentido contrário, ou seja, o de que a conciliação é acordo entre partes, é concessão recíproca, admitindo um papel passivo do juiz na definição do acordo, da natureza das parcelas do acordo, em profunda dissonância com tudo quanto a própria jurisprudência outrora afirmara e a doutrina ainda afirma, ou seja, a conciliação judicial como tendo natureza jurisdicional, por estar sob o comando do juiz e porque produtora dos mesmos efeitos do devido processo legal.

Da ótica do trabalhador, que comparece sozinho ou representado por advogado da empresa, para dispor sobre direito inderrogável e, portanto, irrenunciável e indisponível (outro problema da doutrina juslaborista brasileira, que não temos tempo para tratar aqui) e firma acordo judicial, ele está sendo espoliado de todas as garantias do devido processo legal.

A ele não está assegurada a paridade de armas; a igualdade das partes, pois o direito dele é socialmente transcendente; dele é retirado o direito de ação e o direito ao devido processo, para cuja consecução além da igualdade das partes é necessário o contraditório e a ampla defesa, e em seu lugar o acordo resultante é fulminado com os efeitos da irrecorribilidade e da imutabilidade, próprios da coisa julgada.

Sobre a conciliação judicial está ainda tudo por fazer. Colocá-la no seu devido lugar de negócio jurídico que não pode produzir, sem processo, sem sentença, efeitos da coisa julgada. Isso fere o devido processo legal, pois estão espoliando dele seus poderes e entregando a um negócio jurídico, privado, sobre o qual o Estado não julgou. Nem mesmo sobre os maiores argumentos de que ela atende à pacificação social, de que o litígio só serve para aumentar o ódio que os levou ao litígio, nada disso justifica equiparar a conciliação ao processo, o despacho homologatório, uma simples chancela, a uma sentença, essa sim, ato exclusivo do juiz, o Estado em sua expressão máxima. ♦

5. Referências bibliográficas

BAUMAN, Zygmunt. *La solitudine del cittadino globale*. 6 ed. Milano: Feltrinelli, 2003.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

NASSIF, Elaine Noronha. *Conciliação Judicial e Indisponibilidade de Direitos*. São Paulo: LTr, 2005.

PIMENTA, José Roberto Freire. Lides simuladas: a utilização da justiça do trabalho como órgão homologador. *Revista do TRT 3ª Região*, n. 62, p. 320.

ROMITA, Arion Sayão. A conciliação no processo do trabalho após a Emenda Constitucional n. 45. *Revista Ltr*. 69-05, p. 533, mai. 2005.

TAMAJO, Raffaele de Luca. *La Norma inderogabile nel diritto del lavoro*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1976.